

ESTRATEGIAS DE REACCIÓN FRENTE AL DELITO A propósito del delito intraempresarial

JOSÉ R. AGUSTINA SANLEHÍ
Universitat Internacional de Catalunya

Abstract: Ante la comisión de un delito, la víctima o los perjudicados directos por el hecho delictivo no siempre pueden desear que se inicie un proceso penal. La amplificación del conflicto que supone la incoación de la investigación criminal y todo lo que lleva aparejado el desarrollo de un proceso público plantean algunos dilemas sobre las estrategias y criterios de conveniencia que el ofendido podría alegar en defensa de sus intereses privados para privatizar la resolución del caso. En este artículo se trata de poner de manifiesto algunas reflexiones sobre el conflicto entre *acción penal e intereses de parte* a propósito de la reacción ante un delito intraempresarial.

Palabras clave: Estrategias de reacción frente al delito. Delito intraempresarial. Intereses de la víctima. Límites al *ius perseguendi*. Gestión privada del delito.

Abstract: Victims not always have the right to start a penal process when a crime takes place. The amplification of the conflict that results from a criminal investigation and a public process has implications for some issues regarding the strategies of the defendant in order to privatize the case. In the present paper, I try to share some reflections on the conflict over penal action and the interest of the defendant.

Key words: Reactive strategies towards crime. Interest of the victim. *Ius perseguendi* limits. Private management of crime.

Introducción: prevención y reacción frente al delito

Desde hace unas décadas, en la literatura criminológica se han venido introduciendo ciertos conceptos de nuevo cuño que, de un modo u otro, se circunscriben a lo que se ha denominado por algunos como una nueva *cultura del control* (por todos, Garland, 2005 [2001]). Fruto de la evolución social experimentada en los últimos tiempos, se llega a afirmar que el centro de atención «ya no es la penalidad —o al menos no es sólo la penalidad—, sino un campo más amplio que abarca las prácticas de actores estatales y no estatales y formas de control del delito que son tanto preventivas como penales». En tal contexto, las profundas transformaciones históricas, sociológicas y culturales han modificado el modo de concebir la realidad criminológica y la actuación sobre el delito, operándose un giro desde la «aplicación de la ley» al «*management* de la seguridad»¹. Estamos asistiendo, en este sentido, a un proceso de transición desde un sistema diferenciado de control del delito monopolizado por el Estado, a un nuevo sistema des-diferenciado en el que tienen lugar distintas asociaciones entre actores estatales y no estatales (Garland, 2005: 20-21).

No obstante, en realidad el advenimiento de esa nueva cultura del control es tan sólo un reflejo menor de toda una corriente general que ha venido a describirse como *sociedad del riesgo* (Beck, 1986). En este sentido, se afirma que en los últimos veinte años la Sociología del riesgo se ha convertido en una de las ramas más destacadas en el ámbito de las ciencias sociales contemporáneas (Serrano Maíllo, 2009: 232). De este modo, la cultura del control y la sociedad del riesgo parecen dos manifestaciones de una misma tendencia social.

Sin embargo, control y riesgo no pueden disociarse de un tercer constructo que emerge o se deriva de esa nueva realidad social: la *cultura de la prevención*. Así, en el discurso académico se proponen enfoques que respondan a un nuevo paradigma de prevención frente al delito, en virtud del cual, por ejemplo, la actuación de la policía debe

¹ La fórmula consolidada del modelo de justicia penal moderna concebía el control del delito como una tarea especializada y profesional de «aplicación de la ley». Desde esa concepción, se imponía *ab initio* la separación entre la acción de los poderes públicos y la acción de los distintos agentes y de todas aquellas instituciones privadas que ejercen controles sociales en sus ámbitos respectivos (familia, escuela, vecindario, lugar de trabajo, asociaciones). Se entendía que los problemas sociales eran mejor gestionados por *burocracias especializadas*, en lo que sería una versión criminológica de lo que James C. SCOTT ha llamado *alto modernismo* (vid. GARLAND, D., *La cultura del control*, 2005 [2001], p. 81; SCOTT, JAMES C., *Seeing Like a State*, New Haven, 1998).

inspirarse desde una concepción mucho más proactiva y anticipatoria de sus funciones (Clarke y Eck, 2001).

Así las cosas, el cambio de paradigma que han supuesto los nuevos enfoques para prevenir que el riesgo se convierta en daño ha conducido a centrar los discursos en torno a la seguridad en términos de prevención. Con todo, los renovados afanes por evitar la consumación del delito mediante una intensificación de los roles preventivos por parte de los agentes públicos y privados no pueden obviar que, con frecuencia, una gran parte de los esfuerzos y recursos disponibles deben dedicarse a la reacción frente a los delitos que efectivamente ya han acaecido. La gestión de la respuesta ante los hechos perpetrados sigue siendo, nos guste o no, el principal objetivo de las fuerzas de seguridad y de quienes se ocupan de proteger de forma privada a personas o instituciones.

En el presente artículo trataremos de realzar la importancia de las estrategias de reacción sin minusvalorar las estrategias de prevención (Agustina Sanllehí, 2009c). Es más, nuestro punto de partida no es otro que el de concebir unas y otras no sólo como esfuerzos que no se contraponen, sino que, por el contrario, se hallan estrechamente relacionados. Las estrategias de reacción se manifiestan, en este sentido, como una continuación de los enfoques preventivos, encaminándose igualmente a la minimización del impacto negativo que se deriva de la consumación del hecho delictivo. En definitiva, tanto los esfuerzos preventivos como reactivos responden a una desconfianza en el sistema de justicia penal y su pretendida eficacia.

El hecho de centrar nuestro análisis en el entorno empresarial y en la gestión privada del conflicto que se genera con la perpetración de un delito pone de manifiesto un último aspecto que nos interesa destacar en esta introducción. La generalizada aversión al riesgo en la sociedad actual y los nuevos paradigmas preventivos ha supuesto un giro copernicano en el modelo clásico en la lucha contra el delito, siendo así que se ha hecho cada vez más necesario diversificar los esfuerzos y distribuir tareas entre diferentes agentes públicos y privados. El nuevo modelo multi-agencial de la seguridad, sin embargo, ha contribuido a legitimar, en el marco de las estrategias de reacción frente al delito, alternativas de acción distintas al recurso a la autoridad pública. El monopolio de la seguridad se ve así, por tanto, amenazado también por una tendencia a buscar modelos de gestión privada de conflictos de naturaleza penal que, desde un punto de vista tradicional, deberían ser tratados desde la lógica de su innegable dimensión pública.

1. Gestión ordinaria del comportamiento desviado en el mundo de la empresa

Desde la perspectiva del *business management* y de la dirección de recursos humanos en la empresa, la reacción frente al delito intra-empresarial se percibe en buena medida como la gestión ordinaria del «comportamiento desviado»² en la cultura organizacional (*organizational deviance*), con repercusiones en la economía de la empresa. El impacto mediático del comportamiento desviado y la notoriedad de los escándalos, la gravedad de las consecuencias («*deviance per se is a negative and destructive force in organizations*») y la extensión y su influjo en el seno de las organizaciones empresariales ha ido en aumento en los últimos años. También la investigación en la materia ha crecido de forma sustancial en la última década, especialmente por lo que respecta al comportamiento antisocial (*antisocial behavior*), el comportamiento contraproducente (*counterproductive behavior*), la conducta disfuncional (*dysfunctional behavior*), y la desviación organizacional (*organizational misbehavior*)³. Sin embargo, el enfoque del fenómeno difiere significativamente del análisis clásico que tiene lugar de acuerdo con los fines que persiguen las normas jurídico-penales.

A pesar del consenso sobre los efectos negativos que provoca el comportamiento desviado, parece claro que la naturaleza de la desviación y su valoración ética dependen de las características del comportamiento, de las condiciones en las que éste tiene lugar y de aquellas normas en base a las cuales se viene a definir la conducta propiamente como «comportamiento desviado»⁴. Así, éste «puede ser bueno o malo, beneficioso o dañino, dependiendo de la naturaleza de las normas y de la naturaleza de la desviación» (*Locke*, 2003). De este modo —se concluye—, la dependencia respecto de las circunstancias provoca que el comportamiento desviado sea un concepto propenso a cierta ambigüedad ética. Tampoco el «conflicto» —en cuanto tipo de comportamiento desviado de carácter destructivo, que viene a infringir las normas de armonía necesarias y pretendidas por la organización, y que con frecuencia lleva a consecuencias disfuncionales— se percibe *necesariamente* como una realidad negativa. En este sentido, el fenómeno se contempla desde la óptica se-

² Sobre el concepto sociológico de desviación (*deviance*), vid. SUMNER, C., in MCLAUGHLIN, E., MUNCIE, J., *The Sage Dictionary of Criminology*, 2007, pp. 126-127.

³ Vid. KIDWELL, R. E., MARTIN, C. L., *Managing organizational deviance*, 2005, pp. 1-37.

⁴ Cfr. con la teoría de la ambigüedad moral de ciertos delitos de cuello blanco sostenida por Stuart P. GREEN (vid., al respecto *supra*).

gún la cual una visión del conflicto como confrontación integradora puede resultar en una situación beneficiosa para ambas partes (*a win-win situation*), en la que cada cual consigue sus objetivos esenciales (Moberg, 2001)⁵.

En definitiva, la empresa en cuanto sistema autónomo se acerca al problema del comportamiento desviado y del conflicto —se trate o no de un hecho típico penalmente— velando por sus propios intereses y finalidades⁶. Tanto empresarios como académicos se han dado cuenta, por tanto, de la conveniencia de ir más allá de la formulación de todo comportamiento desviado como una conducta negativa y contraria a la ética. Por ello, aunque desde el punto de vista del liderazgo organizacional no se deba abandonar la concepción de que buena parte de tales conductas son manifiestamente perjudiciales y no éticas, el directivo debería enfrentarse al reto de aprender a gestionar mejor la desviación y, cuando sea posible, canalizar el problema de forma que pueda ser productivo para la institución (*make productive lemonade from deviant lemons*)⁷.

Algunos han llegado a afirmar que las organizaciones que sean capaces de extraer beneficios de la «desviación positiva» se encontrarán de hecho en una posición competitivamente superior (Bennet & Robinson, 2003). Promoviendo que los trabajadores piensen y actúen más allá de los límites de las normas de la organización, que disientan de forma extemporánea frente a formas de hacer dudosas, que denuncien a los que cometen delitos comprometiendo la reputación de la empresa, que infrinjan las normas si tal conducta les lleva a una mayor efectividad, todas estas actitudes son formas mediante las cuales la empresa puede tener un mayor beneficio a través de una correcta *gestión de la desviación*. El examen de los procesos de organización y sistemas de trabajo con otras formas de comportamientos desviados, teniendo la disposición de cambiar aquellos procesos o formas de hacer que no obtuvieron resultado sino que incentivaron conductas desviadas, son otros modos complementarios de elevar y mejorar el desarrollo de la organización a través de una dirección ética del comportamiento desviado⁸.

⁵ KIDWELL, R. E. y MARTIN, C. L., *Managing organizational deviance*, 2005, pp. 7-8 y 17.

⁶ La orientación organizativa de la empresa apunta —en términos funcionalistas— a la maximización de beneficios económicos en la producción y distribución de bienes y servicios (vid. GARCÍA CAVERO, P., *Responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa*, 1999, p. 80).

⁷ KIDWELL, R. E. y MARTIN, C. L., *Managing organizational deviance*, 2005, p. 18.

⁸ KIDWELL, R. E. y MARTIN, C. L., *Ibid.*, 2005, p. 19.

2. Las organizaciones sindicales y los intereses colectivos (*class action*)

En la delincuencia que tiene lugar en el contexto socio-laboral operan un conjunto de factores derivados de la particular naturaleza de la relación laboral que pueden dificultar enormemente la reacción frente al delito. Aunque ello traiga causa de motivaciones bien distintas, los incentivos para que el delito intra-empresarial no devenga de dominio público no sólo actúan en el modo de afrontar los incidentes por parte del empresario (*vid. supra*), sino que también interaccionan con distintos condicionamientos en la forma de reaccionar frente al delito por parte de los mismos trabajadores.

Es decir, ni el empresario que detecta un delito está interesado en acudir a la vía penal por el descrédito que pueda comportar en la imagen de la empresa, ni el trabajador que es víctima o testigo de un delito cometido en su entorno laboral tiene siempre el coraje de denunciar el hecho por miedo a las posibles consecuencias. Parece razonable afirmar, por tanto, la presencia de un *efecto disuasorio* sobre el trabajador a la hora de plantearse el ejercicio de la acción penal contra el empresario, por el hecho de que de ello puede depender la estabilidad en su puesto de trabajo, o por el simple miedo a posibles represalias.

Así, uno de los problemas de imputación jurídico-penal que plantea mayores dificultades en los complejos casos de delincuencia empresarial viene a reflejar este factor psicológico propio de la relación laboral. Y es que, fruto de ello, la imputación de responsabilidad penal a empleados subalternos que han participado *de algún modo* en la trama delictiva —sea por acción mediante aportaciones causales en el ámbito de su rol específico o por omisión— se encuentra con el obstáculo de la *relativa* capacidad de oponerse por parte del subalterno a la ejecución de hechos delictivos que vienen impulsados desde un nivel superior. Algunos criminólogos han denominado a este determinado clima en que pueden encontrarse inmersos algunos partícipes «actitud criminógena de grupo», propio de las organizaciones jerárquicas. Diversos experimentos en el campo de la psicología y la criminología han puesto de manifiesto que las personas, a pesar de actuar con pleno conocimiento de la situación y de su valoración jurídica, pierden en determinados contextos el estímulo motivatorio para no realizar una conducta, «siempre que puedan imputar las consecuencias de su conducta a un tercero al que haría psicológicamente responsable»⁹.

⁹ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas*, 1997, p. 33, donde concluye que tendría lugar en esos casos una disminu-

Respecto a las invasiones en la privacidad por parte del empresario que pudieran reunir los elementos de tipicidad penal, pueden darse circunstancias similares. La desigualdad de las partes y el instinto de conservación del propio puesto de trabajo pueden tener efectos desincentivadores. Al margen de consideraciones ideológicas, el problema guarda relación con el hecho cierto de que el contexto creado por las relaciones laborales tiene por efecto —de modo inevitable— la creación de una *posición de subordinación* del trabajador respecto del empresario. Posición de subordinación que, con el advenimiento de las nuevas tecnologías y la utilización del ordenador como herramienta de trabajo puede acentuarse considerablemente, en tanto que posibilita la implementación de sistemas de supervisión y vigilancia permanente e intensiva sobre los trabajadores¹⁰.

Así, no es de extrañar que el reconocimiento de los derechos de los trabajadores en relación con el uso del ordenador en el lugar de trabajo se haya convertido en la actualidad en una de las mayores áreas de conflicto dentro de la empresa¹¹. En este sentido, se acrecienta en este ámbito la importancia de la defensa colectiva en orden a proteger al trabajador, en tanto que, primordialmente, «en la esfera de subordinación creada en las relaciones laborales en la empresa, la vida privada no es objeto de protección por los individuos considerados aisladamente, sino por el colectivo»¹².

Con todo, la resolución del conflicto en esta materia puede requerir un desarrollo legislativo que avance en la dirección de otorgar más garantías en la vigilancia empresarial, pero lo que sobre todo se necesita es que se alcancen formas de consenso sobre el modo de adaptar el lugar de trabajo a las nuevas realidades tecnológicas. Especialmente, por cuanto las normativas reguladoras en este ámbito tienden a establecer ciertos mecanismos de consulta de carácter preceptivo pero no vinculante¹³.

ción de la motivabilidad por normas jurídicas y, por tanto, sería una causa de exclusión o aminoración de la culpabilidad.

¹⁰ Vid. THIBAUT ARANDA, J., «Information technology and worker's privacy: the role of worker representatives», in JEFFERY, M., *Information Technology and workers' privacy: a comparative study*, Comparative Labor Law & Policy Journal, volume 23, number 2, 2002, p. 534; vid. MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo*, 18 Relaciones Laborales 19 (2002).

¹¹ Vid. THIBAUT ARANDA, J., «Information technology and worker's privacy», 2002, p. 533.

¹² Vid. National Commission for Computer Technologies and Personal Freedom, *La Cybersurveillance sur les Lieux de Travail* (<http://www.cnil.fr>).

¹³ Vid. COUNCIL OF EUROPE, *Recommendation n. R (89) 2 on the protection of personal data used for employment purposes*. Para un análisis de la cuestión en derecho comparado, vid. THIBAUT ARANDA, J., «Information technology and worker's privacy», 2002, p. 536-537.

En ese sentido, las organizaciones de representación y defensa de los trabajadores podrían cumplir una función relevante en el ámbito de la promoción de la persecución penal de delitos en el entorno empresarial. BAYLOS GRAU y TERRADILLOS BASOCO argumentan al respecto sobre la necesidad de «abrir el proceso penal a la intervención sin trabas de todos los sujetos afectados», defendiendo con especial énfasis el protagonismo que debieran tener en este contexto las organizaciones sindicales, más eficaces en el ejercicio de las tutelas de los derechos de los trabajadores que los individuos concretos perjudicados. Esos autores denuncian, de este modo, que esa presencia cotidiana del sindicato en el proceso laboral no haya alcanzado al orden penal, continuando todavía anclado en los esquemas del individualismo característico de su acta de nacimiento¹⁴.

3. El Derecho penal como *ultima ratio* y la gestión privada del delito

«Whether we look at socially injurious acts from the point of view of the victim (if any), the intentions of the actor, or in the light of the nature of the harm done, it seems clear that there is no hard and fast distinction between torts, crimes and non-criminal harm. In practice there is a very blurred demarcation line between those acts or omissions, which are the concern of the civil law and of the criminal law – or no law at all»¹⁵.

3.1. Dimensión pública y naturaleza privada del delito dentro de la empresa

Siguiendo con el examen de las particularidades del contexto laboral y su relación con el delito, conviene referirse a la naturaleza mixta de las facultades que, en este ámbito, posee el empresario en la prevención y reacción frente a un hecho delictivo. Si bien se trata de una relación «inter privatus», la figura del empleador ostenta ciertos rasgos jurídico-públicos que le convierten en un sujeto revestido de cierta autoridad más allá de lo ordinario.

¹⁴ BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal del trabajo*, 1997, p. 66.

¹⁵ BOTTOMLEY, K. (1979) *Criminology in Focus*. Oxford, Martin Robertson, p. 35.

La potestad empresarial de registro de los efectos personales del trabajador

El ordenamiento jurídico español atribuye así al empresario ciertas potestades de actuación y control de carácter excepcional, que exceden la lógica inherente a una relación contractual ordinaria. Mediante la concesión de tales facultades, en cierto modo exorbitantes, el empresario viene a gozar de unas atribuciones delegadas por la autoridad pública, ejerciendo ciertas funciones de naturaleza policial que tienen incidencia en el ámbito de la delincuencia intra-empresarial. En este sentido, un ejemplo paradigmático de tales funciones policiales atribuidas al empresario se encuentra en la potestad que el art. 18 ET atribuye al empresario. En el mismo, el ordenamiento faculta al empleador para que pueda realizar un control sobre la persona del trabajador y sus efectos personales.

Como ha señalado recientemente nuestro Tribunal Supremo, «en tales registros el empresario actúa, de forma exorbitante y excepcional, fuera del marco contractual de los poderes que le concede el artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores y, en realidad, como ha señalado la doctrina científica, desempeña —no sin problemas de cobertura— una función de «policía privada» o de «policía empresarial» que la ley vincula a la defensa de su patrimonio o del patrimonio de otros trabajadores de la empresa. El régimen de registros del artículo 18 del Estatuto de los Trabajadores aparece así como una excepción al régimen ordinario que regula la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 545 y siguientes). Tanto la persona del trabajador, como sus efectos personales y la taquilla forman parte de la esfera privada de aquél y quedan fuera del ámbito de ejecución del contrato de trabajo al que se extienden los poderes del artículo 20 del Estatuto de los Trabajadores»¹⁶.

Por tanto, ante un hurto cometido en la empresa, la ley permite de esta forma que el empresario pueda reaccionar, adoptando medidas de forma inmediata con el fin de identificar al responsable y recuperar el objeto de la sustracción. Las medidas que, con carácter expreso, otorga el art. 18 ET al empresario se refieren al registro sobre la *persona* del trabajador, su *taquilla* y sus *efectos particulares* (ámbito objetivo). A fin de evitar una extralimitación en el uso de la potestad concedida al empresario, el legislador impone ciertas limitaciones en los registros empresariales: (1) el bien jurídico en peligro que motive

¹⁶ Vid. STS de 26-09-2007, FJ 3, sentencia que he analizado extensamente en AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R., *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*, Colección Temas La Ley, Madrid, 2009.

el registro debe ser el patrimonio —sea el de la empresa o el de otros trabajadores—; (2) debe respetarse el criterio de necesidad —respeto de la defensa del patrimonio—; (3) y el registro debe realizarse garantizándose la mínima afectación a la dignidad e intimidad del trabajador; (4) en presencia de un representante legal o, en su defecto, un trabajador —siempre que sea posible—; (5) y respetando los límites espacio-temporales descritos: «dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo».

Desde una interpretación restrictiva del precepto —como parece ser la voluntad del legislador— no pueden ser objeto de registro los vehículos propiedad de la empresa *cuando se hallen fuera de los límites de la empresa*. Piénsese a este respecto, por ejemplo, en el trabajador que, tras cometer un hurto, ha cargado la furgoneta de la empresa y se encuentra fuera de la sede empresarial en dirección a una visita comercial, ¿no puede el empresario registrar el coche en ese caso? El ordenador portátil asignado a un trabajador que se encuentra desempeñando su tarea profesional fuera del recinto laboral también puede presentar problemas de subsunción si nos atenemos a la letra del precepto¹⁷.

Otro problema interpretativo se deriva del silencio del legislador respecto de si la presencia del propio interesado en el momento del registro es preceptiva, teniendo en cuenta que, en algunos casos, puede convenir que el afectado no esté presente.

Sin embargo, la cuestión fundamental radica en determinar qué alcance limitativo debe atribuirse a la finalidad del registro, la «protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa» (*ex art. 18 ET*), teniendo en cuenta que el precepto no excluye que la medida de registro pueda realizarse con *carácter preventivo*. Desde este punto de vista, pudiéndose plantear situaciones que supongan una amenaza o un peligro *ex ante*, se pueden realizar las siguientes consideraciones:

(1) La noción de *patrimonio empresarial* puede abarcar en realidad un extenso ámbito de amenazas, en tanto que el empresario puede ser declarado responsable civilmente por los delitos cometidos por los trabajadores. Es decir, cualquier posible delito en el ámbito de la empresa puede afectar al patrimonio empresarial, más aún si, como vimos (*vid. supra*), la jurisprudencia tiende a objetivar la culpa del empresario y si no se requiere que la conducta del trabajador tenga

¹⁷ Así por ejemplo, si el empresario desea comprobar que el trabajador no posee información confidencial de la empresa en el portátil, estando ambos en la sede de una empresa cliente.

naturaleza delictiva —ello con independencia del deber de avisar de forma inmediata a las fuerzas de seguridad—.

Pueden tratarse de registros *ex ante* o *ex post facto*, aunque éstos puedan ser menos frecuentes ante el recurso inminente a la policía. No obstante, podría darse algún supuesto. Imaginemos un caso de homicidio por arma de fuego en la empresa, por ejemplo en un museo privado. El disparo se ha realizado sin que se haya podido identificar al agresor. El empresario podría retener a sus trabajadores y al público asistente sin abandonar el edificio hasta la llegada de la policía. En su caso, podría iniciar un registro de las personas si, ante el retraso de la policía, alguno de los presentes debiera salir por una razón de extrema necesidad.

Con mayor probabilidad pueden darse situaciones en las que el empresario juzgue necesario un registro preventivo. En realidad, la diferencia entre una cámara de seguridad y un registro es tan sólo una *cuestión de grado*. Así por ejemplo, cuando el empresario, ante el riesgo de hurtos menores y antes de que se verifique la existencia de sustracciones, decide implantar registros rutinarios a la salida de la empresa.

(2) Si el precepto se incardina en el contexto de la función del empresario respecto de la prevención y reacción frente al delito —en cuanto que ocupa una posición de garante—, carece de sentido una limitación respecto del *bien jurídico del patrimonio*. Empleando una argumentación *a fortiori*, si puede defender su patrimonio, ¿no va a poder actuar y registrar para defender la vida, la integridad física o la indemnidad sexual de los trabajadores?; (3) sin embargo, la afirmación anterior puede resultar obvia y, por tanto, el legislador no llega a mencionar tales bienes jurídicos de forma expresa —entre otros motivos, porque se incluyen entre aquéllos que pueden dar lugar a situaciones de legítima defensa o de aquellos contextos en los que surgen deberes de impedir el delito, promover su persecución o socorrer a la víctima—.

En este sentido, puede hallarse un *doble fundamento* a la potestad empresarial atribuida en el art. 18 ET. Ésta se puede sostener (1) tanto en base a la posición de garante que deriva del control de fuentes de peligro en su *esfera de organización*, como (2) en base a ciertas facultades análogas a la legítima defensa o a los deberes de impedir el delito, promover su persecución o socorrer a la víctima, ante amenazas de menor intensidad (*ex ante*), o como poder de respuesta inmediato a fin de reaccionar eficazmente frente a la comisión de un delito (*ex post*). En este sentido, la atribución de responsabilidad (*deber de vigilar*) engendra una facultad (*poder de control*), siendo así dos realidades que se implican mutuamente: *quien debe, puede* (*vid. supra*).

Discrecionalidad, coordinación o subordinación

Sin embargo, ante los delitos que amenazan los bienes jurídicos de la empresa o de las personas que interaccionan en su ámbito de dominio, *¿puede el empresario responder adoptando, entre las distintas estrategias posibles, aquella que más convenga a los fines particulares de la institución?* En algunos casos, la puesta en conocimiento del delito ante las autoridades, y la consiguiente intervención del sistema de justicia penal, puede no beneficiar en absoluto al empresario. Los distintos efectos que lleva consigo la puesta en marcha del proceso penal pueden, en este sentido, no llegar a garantizar —de forma paradójica— la consecución de aquella solución al conflicto que más beneficie a la víctima. Ante esta tesitura, *¿cómo armonizar los intereses privados de la víctima y los intereses públicos del Derecho penal?* Entre las distintas alternativas posibles, la búsqueda de soluciones que pretendan armonizar ambos tipos de intereses debería encaminarse a la consecución del *bien común* en cada caso concreto.

No obstante, en el marco del ya de por sí difícil contexto de las relaciones de coordinación entre la seguridad pública y la seguridad privada, la lucha contra la criminalidad intra-empresarial plantea dos grandes conflictos en líneas generales: (1) el difícil equilibrio en la *fase reactiva* frente al delito entre el *monopolio estatal en el uso de medios coercitivos* y el limitado recurso a la defensa privada en situaciones excepcionales —paradigmáticamente, la legítima defensa—; y (2) en la fase previa de investigación y detección de la delincuencia, sobresalen dos particulares problemas ético-jurídicos de difícil resolución. Por un lado, la *discutible naturaleza imperativa del deber de denuncia* y las posibles consecuencias de su incumplimiento en función de los bienes jurídicos en peligro. Es decir, desde un punto de vista general, si son legítimas desde un análisis ético-jurídico las estrategias empresariales no penales. Y por otro lado, la afectación a la privacidad en el alcance que pueda tener la investigación sobre las personas involucradas.

Ante los interrogantes expuestos, cabe plantearse si recae sobre la víctima un *deber de denunciar a las autoridades* el delito que sobre ella se ha perpetrado. De no ser así, la voluntad de renuncia de la víctima o su deseo de acudir a la negociación privada con su agresor nos llevaría a concebir el recurso al sistema penal como una *alternativa subsidiaria de resolución de los conflictos* derivados de un hecho delictivo. En realidad, la mayoría de sistemas penales prevé ciertas «fórmulas de privatización del conflicto» en aquellos delitos que sólo son perseguibles a instancia de parte —por ejemplo, me-

diante la figura del *perdón del ofendido*: cfr. art. 201 CP—. Ciertamente, la posible paralización del proceso penal —o su misma incoación— en función de la *libre* voluntad de la víctima puede resultar contraproducente o esconder, en ocasiones, una profunda corrupción del sistema. No resulta sencillo en este sentido establecer garantías, mecanismos eficaces, que verifiquen el grado de libertad de la víctima, pudiendo ser ésta objeto de compraventa o intimidación¹⁸.

La *privatización del delito* entronca con una tendencia hacia la descentralización de las instituciones de control social y al crecimiento progresivo de la privatización de la seguridad (*vid.* al respecto *supra* la referencia a la *cultura del control* en la obra de David GARLAND). En esa lógica, la intervención del Estado no tiene *per se* un efecto positivo en la resolución del conflicto, aunque pueda argumentarse que genera una mayor confianza en que la decisión revista una mayor garantía de imparcialidad y equidad.

Como apunta al respecto PASTOR MUÑOZ, puede discutirse sobre la *naturaleza* del deber de denuncia. Es cierto que, pese a que el incumplimiento del deber de denuncia es una traba a la actividad de persecución penal por parte del Estado y, en definitiva, un ataque contra el *carácter público del delito*, el legislador ha considerado que en principio esa falta de colaboración de quien no denuncia, teniendo el deber de hacerlo, no se trata de un comportamiento suficientemente grave como para dar lugar a responsabilidad penal¹⁹. Sin embargo, el legislador penal sí que castiga la omisión del deber de socorro o auxilio cuando se ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales —como el delito del art. 450 CP o el encubrimiento del art. 451 CP—. Por tanto, el deber de denuncia no se considera propiamente un deber jurídico-penal, sino *extrapenal*, que puede definirse como un «deber delegado por el Estado en el ciudadano» para asegurar el cumplimiento de funciones estatales que los poderes públicos no alcanzan a cumplir por sí mismos, de naturaleza seme-

¹⁸ Así, se deberían oponer ciertos límites a una *mercantilización* del perdón del ofendido, por ejemplo en aquellos casos en los que tuviera por efecto la impunidad permanente de una estructura delictiva. Con frecuencia tal tipo de corporaciones o estructuras gozan de recursos de financiación suficientes para silenciar a las víctimas. Por otro lado, la fragilidad de la víctima podría ser aprovechada por el agresor mediante para evitar la denuncia mediante el recurso a la amenaza.

¹⁹ En efecto, el art. 259 LECrim establece con carácter general una multa irrisoria a aquél que «presenciar la perpetración de cualquier delito público» estando de este modo *obligado* a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez o del Fiscal más próximo al sitio en que se hallare.

jante a la que PAWLIK le atribuye al deber de socorro²⁰ —en España, art. 195 CP; en Alemania, § 323c StGB—²¹.

Sin embargo, entre la prevención general y la reacción frente a un delito en particular no se puede trazar con claridad, en numerosas ocasiones, una línea divisoria. Ante los primeros indicios de haber descubierto la realización de un hecho delictivo, la búsqueda de evidencias que permita una valoración global del daño, de la deslealtad del trabajador y de las circunstancias concomitantes, pueden abrir una *fase de interregno* en la que el rol del empresario puede asemejarse, en este sentido, a las funciones policiales que acompañan las diligencias previas de una investigación policial. Así pues, entre la fase de prevención e investigación y la fase de reacción al delito se plantean algunos interrogantes en torno a la naturaleza de los deberes del empresario.

3.2. *Causas de la pretendida ineficacia del Derecho penal en el interior de la empresa*

Según estudios empíricos, en términos generales, se puede afirmar que «el Derecho penal es un medio especialmente ineficaz en la lucha contra la criminalidad empresarial»²². En efecto, a pesar de la creciente expansión de la intervención penal en este ámbito y del impacto mediático en torno a importantes casos de corrupción o deslealtad de altos cargos, el mundo empresarial resulta de algún modo impenetrable para la intervención penal²³. Sin embargo, conviene anticipar que del hecho de que no se recurra en la práctica al proceso penal para solucionar los *incidentes* del entorno empresarial, no se sigue que las normas penales no sean eficaces en este ámbito. Es decir, se puede argumentar que el Derecho penal cumple *algún tipo de función* a pesar de su no aplicación en la mayoría de los casos, y que su eficacia se mide en tanto que el sólo anuncio de la posibili-

²⁰ Vid. PAWLIK, M. (1995), «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», *GA*, pp. 363 ss. (citado en PASTOR MUÑOZ, N., *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos*, 2006).

²¹ Vid. PASTOR MUÑOZ, N., *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos*, 2006, p. 11, donde argumenta que se trataría de un deber del ciudadano de contribuir a que el conflicto que genera el delito público sea resuelto mediante el proceso formal previsto en la legislación vigente.

²² SCHÜNEMANN, B., (1989), «Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, München, pp. 629 ss.

²³ Vid. PASTOR MUÑOZ, N., *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos*, 2006, p. 6.

dad de acudir a la vía penal puede actuar como un *medio de presión*, a fin de negociar en mejores condiciones una posible solución a los problemas internos.

Entre las causas de tal aparentemente «generalizada ineficacia de las normas penales», se ha tratado de dar una explicación satisfactoria en base a los siguientes factores²⁴: (1) «el riesgo de descubrimiento del hecho es bajo». Ello se debe a la *complejidad estructural de la empresa* y a la *posición privilegiada de los directivos*, en tanto que tienen la capacidad y la información sobre la compañía para poder delinquir *técnicamente* bien —ingeniería financiera, operaciones bien maquilladas, etc.—; (2) en segundo lugar, aun en caso de llegar a descubrirse a los autores del delito, «el riesgo de condena es muy bajo». Por un lado, porque los casos acostumbra a ser ciertamente complejos, tanto en lo referente a los hechos, como en cuanto a la interpretación de los tipos²⁵. La consecuencia inmediata es el considerable aumento de los costes de la investigación, así como la reducción las posibilidades de éxito del proceso. También contribuye a que el riesgo de condena sea bajo el hecho de que el presunto autor suele ser una persona con enorme capacidad para invertir en su propia defensa; (3) en tercer lugar, suele decirse que «las sanciones penales intimidan en general en menor grado que algunas consecuencias jurídico-civiles o laborales», pues aquéllas pueden consistir en simples penas de multa o bien en penas de prisión que, normalmente, se pueden suspender. PASTOR MUÑOZ considera, sin embargo, a este respecto, que no debería valorarse del mismo modo la pena de inhabilitación para el ejercicio de la profesión, la cual sí tiene una fuerza intimidatoria importante²⁶; (4) en cuarto lugar, es importante destacar que tal vez el factor más determinante del fracaso del Derecho penal como mecanismo de prevención de la delincuencia en este ámbito se deba la falta de cooperación de la víctima —en el caso de tratarse de la propia empresa— con las autoridades penales, esto es, «el bajo número de denuncias»²⁷.

²⁴ En el mismo sentido, *vid.* BUSSMANN, K.-D. (2003), «Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht. Zu einer Kriminologie des Managements», *MschrKrim*, 86, pp. 89 ss. (citado en PASTOR MUÑOZ, N., *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos*, 2006, p. 6).

²⁵ Cfr. al respecto, BUSSMANN, K.-D. (2004) «Kriminalprävention durch Business Ethics. Ursachen von Wirtschaftskriminalität und die besondere Bedeutung von Werten», *ZfWu* 5/1, p. 37.

²⁶ PASTOR MUÑOZ, N., *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos*, 2006, p. 6.

²⁷ Ciertamente, pocos delitos cometidos por los directivos son denunciados por sus víctimas, pese a que gran parte de ellas afirman que su política es, precisamente, la de denunciarlos. Por otro lado, en los casos en que la víctima sea un trabajador el

En definitiva, según concluye BUSSMANN, la lógica empresarial de la oportunidad, el pragmatismo, la flexibilidad y la eficiencia conducen a rechazar la intervención del Derecho penal porque este último se orienta según principios y objetivos —principio de legalidad, el castigo del comportamiento grave, procesos formales, etc.— que son distintos y, en ocasiones, radicalmente opuestos a los de aquella²⁸. Los efectos contraproducentes que el mismo proceso penal comporta llevan a la empresa, por tanto, a buscar soluciones por otros cauces que no tengan un *efecto multiplicador* del delito.

Es en este punto donde cobran relevancia las reflexiones de James W. WILLIAMS sobre las relaciones entre seguridad pública y seguridad privada en torno al fenómeno de la delincuencia empresarial. La desconfianza de la empresa respecto de los efectos negativos que pueda generar una investigación penal abre las puertas así a sistemas privados de investigación corporativa, que reflejan una tendencia a conceptualizar el delito intra-empresarial como un *conflicto interno*, al menos en un primer momento, a la espera de un conocimiento y evaluación global de las posibles consecuencias.

En el estudio realizado por WILLIAMS se documenta un importante crecimiento y evolución de la industria conocida por el nombre de «forensic accounting and corporate investigation» (FACI), sector que provee a las empresas servicios de investigación interna en casos de delitos económicos. A este respecto, ¿qué implicaciones ha comportado tal crecimiento en el trabajo de las divisiones especializadas de la policía en el ámbito financiero-empresarial? La tesis principal sostenida por WILLIAMS se basa en que las relaciones entre la FACI y la policía responden en realidad más a una división de funciones (*bifurcation*) que a una superposición de los respectivos campos de investigación (*blurring*). Los resultados de su investigación vienen a contradecir en parte la creencia generalizada de que las formas de gobierno contemporáneas se caracterizan por una convergencia de agentes públicos y privados en los diferentes entramados del sector de la seguridad y la prevención de riesgos²⁹.

instinto de conservación del puesto de trabajo —por temor a posibles represalias— y la desigualdad de medios entre las partes pueden influir también en la decisión de no denunciar. Cfr. al respecto, BUSSMANN, K.-D. (2004) «Kriminalprävention durch Business Ethics. Ursachen von Wirtschaftskriminalität und die besondere Bedeutung von Werten», *Zfww* 5/1, p. 37.

²⁸ BUSSMANN, K.-D. (2003), «Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht. Zu einer Kriminologie des Managements», *MschrKrim*, 86, p. 93.

²⁹ Cfr. WILLIAMS, J.W., *Reflections on the private versus public policing of economic crime*, *British Journal of Criminology* (2005), 45, p. 316.

Tales reflexiones nos llevan a plantearnos si la función que teóricamente debe desempeñar el Derecho penal en el seno de la empresa debe imponerse sobre la voluntad de dominio de la empresa en aquellos *conflictos internos* que presentan *prima facie* una relevancia jurídico-penal.

La realidad es que —como se concluye de las investigaciones como la de BUSSMANN y WERLE—, la mayoría de las *reacciones ante el delito* por parte de las empresas no consisten en emprender acciones penales, particularmente cuando los delitos han sido cometidos por personas que pertenecen a la empresa. El motivo fundamental radica (como se ha señalado) en que se pretende *minimizar el impacto relativo a la pérdida de reputación de la empresa como consecuencia de la publicidad del proceso penal*. Ante un delito cometido en el seno de la empresa, se prefiere por lo general llegar a un *acuerdo interno*, y las empresas están desarrollando un variado conjunto de estrategias de prevención y control en ese sentido³⁰. Ciertamente, las razones pragmáticas que subyacen en la tendencia a *no judicializar los delitos de los trabajadores* y tratarlos en cambio como meros *problemas internos*, no es incompatible con que, por ejemplo, las empresas asiáticas tiendan a llevar a los Tribunales únicamente aquellos casos que consideran que deben ser de conocimiento público³¹.

A fin de responder a la pregunta que se acaba de plantear, conviene afirmar que la tensión entre la «dimensión pública» de todo delito y su consideración como un mero conflicto «inter partes» viene armonizándose en los distintos sistemas de Derecho penal a través de diferentes fórmulas jurídicas. Ya sea mediante la importante relevancia que se otorga en algunos sistemas penales al principio de oportunidad, o por la exigencia de denuncia o querrela por parte de la víctima —e incluso a través de la figura del «perdón del ofendido»—. Así por ejemplo, en el Derecho penal español, entre los delitos sola-

³⁰ BUSSMANN, K.-D. y WERLE, M. M., *Addressing Crime in Companies. First Findings from a Global Survey of Economic Crime*, *British Journal of Criminology* (2006), 46, p. 1142. Interesa apuntar aquí la conveniencia, por tales motivos, de adelantarse al problema y desarrollar desde una perspectiva criminológica estrategias preventivas que no supongan controles penalmente típicos y a su vez sean eficaces en términos preventivos (vid. AGUSTINA SANLLEHÍ, J.R., 2009c).

³¹ Como se verá más adelante, una de las propuestas *de lege ferenda* podría consistir en que la denuncia para poder activar el ejercicio de la acción penal fuera de obligado cumplimiento en aquellos casos más graves. En tales supuestos se podría exigir que los delitos cometidos causaran un perjuicio considerable no sólo al patrimonio empresarial, sino por ejemplo al resto de los trabajadores, o en la economía de un país. Para un análisis de la cuestión acerca de la *respuesta adecuada* a la criminalidad de los directivos vid. PASTOR MUÑOZ, N., *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos*, 2006, pp. 3 ss.

mente perseguibles a instancia de parte que pueden tener gran repercusión en el entorno empresarial, figuran los delitos contra la intimidad —de los trabajadores y directivos— y los delitos societarios. Sin embargo, *de lege ferenda* debiera limitarse en cualquier ordenamiento jurídico la *discrecionalidad* para perseguir un delito intra-empresarial en algunos supuestos de mayor gravedad o repercusión social.

A este respecto, CALVERAS, GANUZA y LLOBET³² —en el marco de la criminalidad de empresa y, en concreto, en su afectación al medio ambiente—, entienden que aunque la decisión de una empresa al optar por la regulación externa o por la autorregulación, es una cuestión puramente estratégica, deberían establecerse ciertos límites. En este sentido, la decisión estratégica de la empresa se basa esencialmente en una valoración de costes. Por ello, ¿puede dejarse al arbitrio de la empresa la decisión de denunciar o no en relación a cualquier ilícito penal por tales *razones estratégicas*? La cuestión de si debe darse relevancia penal a la omisión del deber de denunciar requiere un *análisis sistémico* del problema. Es decir, ¿puede estar en manos de la empresa la decisión de dotar al problema una dimensión pública o bien por tratarlo como un problema privado? Si estamos ante un *delito público* en sentido estricto, se deben establecer límites, en tanto que el silencio de la víctima o el perdón del ofendido son también —por la desigualdad de las partes en conflicto o por la elevada suma ofrecida en contraprestación— susceptible de valoración económica.

Como apunta PASTOR MUÑOZ, las empresas víctimas de la criminalidad de sus directivos son, por voluntad propia, prácticamente impenetrables para el Derecho penal. La ponderación de las ventajas e inconvenientes de la intervención de las autoridades en el contexto de una persecución penal les conduce a la conclusión de que abrir las puertas a tales autoridades comporta riesgos que son más indeseados —e imprevisibles— que los daños que derivan de esa criminalidad; por ello, ven el Derecho penal como un instrumento que no se ajusta a sus necesidades. En realidad, no es que el Derecho penal sea ineficaz por naturaleza, sino que la víctima —en este caso, la empresa— decide hacer ineficaz su labor y resolver el problema de forma distinta³³.

³² Vid. CALVERAS, A., GANUZA, J. y LLOBET, G. (2005), *Regulation and Opportunism: How Much Activism Do We Need?* (<http://idei.fr/doc/conf/veol/ganuza.pdf>), pp. 1 ss.

³³ PASTOR MUÑOZ, N., *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos*, 2006, p. 7. Entre estos medios destacan, en primer lugar, las estrategias globales de prevención: por una parte, las medidas de control como las auditorías internas o externas, o el fomento y la protección de los whistle-blowers y, por otra, la reducción de oportunidades de delinquir. No obstante, la capacidad de rendimiento de estas me-

3.3. *La opacidad de la empresa respecto de la delincuencia intra-empresarial como estrategia corporativa*

Tal y como sostiene WILLIAMS, una de las primeras razones que aducen los ejecutivos empresariales para dejar de denunciar a la policía casos relativos a irregularidades financieras es que pierden el control sobre el problema y sacrifican de esta manera algunos de los bienes más altamente valorados por las empresas: la discreción, la confidencialidad y el control (*secrecy, discretion and control*). La importancia del control de la situación por parte de la empresa en tales casos pivota sobre tres cuestiones relacionadas entre sí:

a) **Efectos en la imagen corporativa**

La primera y tal vez la más importante, se refiere a los efectos en la imagen de la empresa derivados de la publicidad del caso (*dimensión corporativa*). Tal y como apunta WILLIAMS, los directivos desean evitar a toda costa la embarazosa situación y la publicidad negativa como consecuencia de este tipo de incidentes. Si éstos trascienden y llegan a ser de conocimiento público, las acusaciones de fraude podrían tener efectos devastadores en la reputación y en el valor bursátil de la compañía. Esta apreciación es especialmente verdadera si el núcleo del negocio de la empresa depende de la confianza pública relativa a la integridad de los mecanismos de control y sistemas de dirección, como es el caso del sector bancario y de las compañías de seguros, o si puede dar lugar a una sospecha en cuanto a la complicidad corporativa en el incidente. En este sentido, el problema de acudir a la policía —incluso en el mejor de los escenarios posibles— es que la empresa pierde el control sobre la medida en que el asunto llega a convertirse en un conocimiento público. Por el contrario, es precisamente la preservación del secreto y la confidencialidad, así como la capacidad de limitar la visibilidad pública de un incidente, lo que proporciona a la investigación privada (FACI) una ventaja estratégica y un factor clave³⁴.

didada es limitada, pues tienen costes de flexibilidad, transparencia y agilidad, complican la estructura empresarial —lo cual puede generar nuevas oportunidades de delinquir y resultar, de esta forma, contraproducente— y generan un clima de desconfianza —de nuevo, un factor negativo que conduce al distanciamiento entre directivo y empresa, al anonimato, que es un factor criminógeno—.

³⁴ WILLIAMS, J.W., *Reflections on the private versus public policing of economic crime*, *British Journal of Criminology* (2005), 45, pp. 327-328.

El análisis del impacto mediático en la imagen pública de la empresa (valor de marca) y en su valor de cotización en los mercados de valores (valor bursátil), sugiere que la estrategia relativa al modo de gestionar un incidente interno debe considerar detenidamente las consecuencias económicas de una u otra opción. En este sentido, los cuadros directivos de la empresa pueden enfrentarse a diferentes *colisiones de deberes* en las que el balance de bienes puede presentar ciertas desemejanzas: (1) la omisión del deber de denunciar un fraude y el deber de proteger el activo de la compañía en los mercados; (2) la omisión de respetar la privacidad de los trabajadores y el deber de evitar un daño patrimonial irreparable derivado de una fuga de secretos de empresa.

A este respecto, parece relevante distinguir en función de quién sea la víctima del delito, (1) aquellos casos en los que la víctima es la propia empresa —por ejemplo, ante el fraude de un empleado—; (2) de aquellos otros supuestos en los que la víctima es una persona individual, ya sea (i) un trabajador que sufre amenazas, acoso laboral o un hurto en su lugar de trabajo, o (ii) un tercero ajeno a la empresa, ya sea un cliente, un consumidor o un mero transeúnte. En estos últimos casos, ni el daño es *difuso*, ni la víctima es *invisible*. En principio, las consideraciones en torno a posibles estrategias de la empresa deberían limitarse a la gestión de situaciones en las que la víctima sea la propia corporación. En este sentido, se entiende que en tales casos la empresa gozaría con una mayor legitimidad de distintas opciones estratégicas, entendiéndose que el deber de acudir a la justicia puede omitirse por prevalecer un interés superior.

Dejando aparte los casos en que la víctima sea, con carácter exclusivo, la propia empresa, conviene también distinguir en función de quién sea el *sujeto activo* del delito. Es decir, (1) si es la propia empresa la que comete el delito, aunque sea a través de una persona individual (*corporate crime*); (2) si es un representante de la empresa, a título meramente individual, pero en el ámbito de la actividad económica de la empresa —deduciéndose, por tanto, algún tipo de responsabilidad corporativa—; o (3) si se trata de cualquier persona en el ámbito de la empresa, al margen de su actuación como representante de la compañía, siendo el empresario un *espectador cualificado* del delito —con la posible concurrencia de ciertos deberes de garante por omisión o deberes cualificados de socorro—.

En este último caso, el deber de denunciar el delito ante la justicia tendría un mayor peso ético-jurídico, si se pone en peligro o se lesiona un *bien jurídico esencial* de una persona individual —vida, integridad física, indemnidad sexual—. Así, el deber de proteger la indemnidad sexual de una trabajadora que sufre acoso por parte de un

directivo debería prevalecer por encima de la *imagen negativa* que pueda reportar a la compañía. O el deber de un directivo de una empresa del sector educativo de denunciar el secuestro de uno de los alumnos por parte de un docente, para evitar un descrédito de la institución. En tales casos, parece razonable afirmar que la empresa no podría optar estratégicamente por *estudiar internamente* la forma de canalizar la situación o sancionar al trabajador, dejando de recurrir a la justicia.

Las consecuencias desproporcionadas en el valor de la empresa que puede provocar la deslealtad del directivo o del trabajador cualificado que comete un fraude pueden producirse en distintos sectores. Sin embargo, existen factores de riesgo especialmente relevantes, que vienen dados por la capacidad lesiva del trabajador desde su concreto puesto de trabajo, ya sea por la información secreta de alto valor estratégico o industrial que tiene entre manos, o por la disponibilidad para realizar operaciones que comprometen a la compañía. En tales circunstancias, el potencial lesivo puede ser en cierto modo *previsible* y, en la medida en que así sea, debería ser *objeto de control*. De otra forma, en sentido genérico, se puede afirmar que cualquier trabajador podría producir *de facto* un efecto devastador en la imagen pública de una compañía. Así, por ejemplo, no se pueden prever en ese sentido —y no son exigibles ciertos deberes de control— las consecuencias de la difusión de información realizada por un *whistleblower*, al poner en conocimiento de los medios de información una irregularidad de la empresa o un *affaire* personal de su presidente.

b) Efectos en la dimensión personal

La segunda razón aducida por WILLIAMS se refiere a que los directivos no sólo quieren tener la capacidad de controlar si el caso se hace público y en qué manera para no deteriorar la imagen de la empresa, sino que también desean determinar qué aspectos del caso exactamente van a ser investigados (*dimensión personal*). Este hecho aporta un valor añadido de gran importancia, sin duda carente de legitimidad, ya que acudiendo a los servicios de una empresa privada (FACI) se garantiza que las líneas de investigación de posibles responsabilidades personales u organizacionales derivadas de un supuesto fraude pueden ser llevadas a cabo de forma restrictiva, con la finalidad de limitar la responsabilidad de otras personas potencialmente implicadas o de la compañía en su conjunto. Este factor es especialmente relevante para los directivos del más alto nivel, en tanto que podrían tener que someterse a formas adicionales de registro y

control si las pesquisas en la investigación del respectivo fraude acababan conduciendo a los investigadores «hasta la puerta de su propio despacho»³⁵.

A este respecto, es especialmente ilustrativo la estrategia seguida en el *control de los tiempos y de las formas* en el reciente caso *Société Générale*, a la luz de las primeras noticias aparecidas en la prensa³⁶. El impacto mediático del fraude ha tenido una repercusión global inmediata. De forma resumida, los hechos son los siguientes:

Vulnerabilidad e inmediatez de las consecuencias

El banco francés *Société Générale* (SG) anunció el 24 de enero de 2008 que había sido víctima de un fraude de dimensiones extraordinarias, cometido por un empleado, por valor de 4.900 millones de euros. La gravedad de los importantes efectos, en términos económicos y de imagen corporativa, se suma a una considerable depreciación de activos por valor de 2.050 millones de euros en el resultado de las cuentas del cuarto trimestre de 2007, por la crisis de los créditos hipotecarios en Estados Unidos.

Sistemas de control: imposible detección de la conducta de riesgo individualizada

En rueda de prensa, el presidente de la compañía aseguró que el fraude no se podía atribuir a un fallo en los sistemas de control, sino a la inteligencia de un solo operador que asumió «posiciones de riesgo extremo» en los mercados bursátiles. El banco no pudo descubrir así con anterioridad la conducta del operador, al haber utilizado éste una empresa que daba verosimilitud a las inversiones, y que le permitió eludir todos los dispositivos de control.

Carácter aislado e imprevisible de la conducta fraudulenta del trabajador

Se alega por parte de la empresa que las motivaciones del presunto defraudador parecen incomprensibles. El trabajador —un hombre de unos 30 años de edad— no se ha beneficiado directamente y actuó solo, sin ningún tipo de cómplices. La empresa relevó de sus funciones al empleado responsable y, tras revisar y analizar en detalle sus operaciones, confirmó la naturaleza aislada y excepcional del frau-

³⁵ WILLIAMS, J. W., *Reflections on the private versus public policing of economic crime*, *British Journal of Criminology* (2005), 45, p. 328.

³⁶ Los datos del caso se han obtenido de la noticia publicada en *La Vanguardia* el 24 de enero de 2008. Aunque se trata de las primeras informaciones del caso, bastan para el propósito de ilustrar la fenomenología en torno algunos delitos en el ámbito de la empresa.

de. El presidente precisó que las posiciones asumidas por el presunto defraudador fueron positivas al terminar el ejercicio de 2007 y que sólo en los primeros días de 2008 habían comenzado a ser débilmente perdedoras.

No afectación a la confianza e imagen corporativa de la compañía

El consejo de administración rechazó la dimisión presentada por el presidente y renovó la confianza depositada en su persona y en todo el equipo de dirección. La empresa ha tratado de transmitir, en este sentido, un mensaje de solidez, confianza y fortaleza, señalando que, a pesar del fraude, el ejercicio de 2007 se ha cerrado con un beneficio neto de entorno a los 700 millones de euros.

Control del tiempo e información en la justificación de la estrategia reactiva de la empresa

El presidente del banco justificó el hecho de no haber llevado el caso ante la justicia inmediatamente después de su descubrimiento por razón de la magnitud del riesgo financiero que hubiera supuesto para la compañía cualquier posible filtración, y asumió las posibles responsabilidades que se deriven de su actuación. Entre sus argumentaciones, adujo que la pérdida podría haber sido mucho mayor. Para confirmar el carácter no especulativo de la compañía, se adoptó la decisión de cerrar todas las posiciones abiertas por el operador entre el lunes 21 y el miércoles 23 de enero, pero el cierre de las posiciones se produjo en pleno derrumbe de las bolsas mundiales³⁷.

c) Efectos imprevisibles derivados

Un tercer aspecto nada despreciable relacionado con el control de la situación es la misma *imprevisibilidad de las consecuencias* como resultado de una investigación oficial. En el momento en que la policía inicia una investigación en el interior de la empresa, pueden aflorar otras prácticas irregulares no del todo relacionadas con el caso: anteriores tramas delictivas vinculadas tan sólo tangencialmente o de for-

³⁷ Vid. también, al respecto, la noticia «Posibles filtraciones a la prensa el gobierno alemán investiga el espionaje a directivos de *Deutsche Telekom*», Diario *El Mundo*, 26 de mayo de 2008, según la cual algunos ejecutivos y miembros del consejo de vigilancia de la compañía fueron objeto de escuchas telefónicas en los años 2005 y 2006, siendo así que —según las primeras declaraciones e investigaciones—, la finalidad de las escuchas tuvo por objeto exclusivamente detectar si se filtraban informaciones a la prensa sobre asuntos confidenciales de la empresa, por lo que los datos de los clientes de la compañía están seguros. Posteriormente, se reveló que «el contrato llegó desde el nivel más alto y fue llevado a cabo con el acuerdo de la dirección de Telekom» (cfr. «Ex jefe de *Deutsche Telekom* implicado en escándalo de espionaje», publicada en *EcoDiario.es - Mundo*, 28 de Mayo de 2008).

ma secundaria a la investigación principal³⁸. En la medida en que la policía tiene el derecho y la autoridad para investigar —en ese contexto— cualquier faceta relacionada con la actividad empresarial, el alcance de la investigación policial puede descubrir y desvelar también irregularidades no conocidas por la misma dirección de la empresa, o prácticas bien conocidas pero de las que se ignoraba su ilicitud.

4. Estrategias ante el delito y función del Derecho penal en la empresa

En contraste con lo anterior, la función del Derecho penal en la empresa presenta razones de justificación diferenciadas cuando el delito surgido en su seno presenta *dimensiones corporativas* —siendo en tal caso la propia empresa una amenaza—, por contraposición a aquellos escenarios en los que el hecho delictivo es de *naturaleza individual*. Sólo en este último caso podría entrar a considerarse si es legítimo tratar de resolver y reaccionar frente al delito mediante su tratamiento como un mero «problema interno», al menos en algunos supuestos (*vid.* al respecto *supra*, al referirnos a la *huída hacia la privatización del conflicto*).

En 2005, las autoridades federales tuvieron conocimiento y concluyeron que la consultora de *Monsanto* había visitado el domicilio de un funcionario indonesio y, con la aprobación de un alto ejecutivo de la empresa, llegó a entregar un sobre que contenía una importante suma de dinero. El dinero se entregó a modo de soborno para obtener una regulación menos restrictiva en materia medioambiental para las plantaciones de algodón de *Monsanto*, de acuerdo con la documentación judicial. *Monsanto* fue también puesta al descubierto por ocultar el soborno mediante facturas falsas. Tan sólo unos años antes, en la época en que salió a la luz el caso *Enron*, ante este tipo de cargos criminales probablemente se habría procedido a iniciar formalmente una acusación penal. En su lugar, en cambio, se le permitió a *Monsanto* pagar un millón de dólares y evitar de tal modo un proceso penal, mediante la aceptación de un acuerdo de con el Departamento de Justicia.

Así, mediante un importante cambio de política-criminal, el Departamento de Justicia, conocido con anterioridad por dismantelar grandes corporaciones —incluyendo la consultora *Arthur Andersen*—

³⁸ «The problem is when you start with the police you have no control» (cfr. Former Police Officer 5: 6-7). Si se tratara de una investigación o consultoría privada el alcance de las pesquisas se limitaría por la misma causa por la que se han contratado los servicios (*vid.* WILLIAMS, J.W., *Reflections on the private versus public policing of economic crime*, *British Journal of Criminology* (2005), 45, p. 328).

ha paralizado a lo largo de los últimos tres años la presentación de imputaciones relativas a más de 50 empresas sospechosas de irregularidades. Muchas empresas han evitado de esta forma los costes y la estigmatización que implica tener que defenderse en un proceso penal, a través de un acuerdo negociado de suspensión de la acusación penal — el así llamado «deferred prosecution agreement»—, acuerdo que permite al gobierno recaudar multas y nombrar un supervisor externo, a fin de imponer reformas internas sin acudir a juicio. En muchos casos, la identidad del supervisor y los detalles del acuerdo permanecen de esta forma secretos³⁹.

Intromisiones indiscriminadas en la intimidad del trabajador como «corporate crime»

La distinta fenomenología —a nivel individual y corporativo— del delito consistente en invadir de forma ilícita la intimidad del trabajador puede presentar dos grandes estructuras de imputación de la responsabilidad. ¿*Responsabilidad penal corporativa o individualización de la sanción?* En una primera posibilidad, el *hombre de delante*, ejecutor material y último eslabón de un determinado aparato organizado de poder, puede actuar contando con la connivencia de una estructura organizativa determinada. Tal entramado refleja en su hacer en cuanto «acción colectiva» una cierta *estructura de delito* que va más allá de la suma de esferas individuales. La acción trasciende en ese sentido la mera participación a título individual —aunque los individuos sean plenamente conscientes de los hechos puntuales o sistemáticos cometidos— y pasa a incardinarse en un estado de permanente vulneración de los bienes jurídicos afectados. En un segundo posible escenario delictivo, tendríamos que el ejecutor material no sólo no se identifica plenamente con el *hombre de atrás* sino que no existe ninguna participación o nexo de unión con una estructura delictiva de naturaleza corporativa. No obstante, puede suceder que tal aislamiento individual del sujeto en su hacer delictivo requiera tan sólo el transcurrir de tiempo, y sea el embrión de lo que acabará convirtiéndose en una práctica habitual —si no consentida al menos conocida—, en el marco de la empresa.

La decisión de incriminar la conducta corporativa: charging a corporation?

En el derecho norteamericano, uno de los factores que deben ser tenidos en consideración por la fiscalía para adoptar la decisión de incriminar o no a la empresa es si la práctica empresarial tiene *sufi-*

³⁹ Cfr. *New York Times*, «In Justice Shift, Corporate Deals Replace Trials», noticia de 09-04-2008.

ciente arraigo y, por tanto, se caracteriza como una conducta de naturaleza corporativa (*pervasiveness of wrongdoing within the corporation*)⁴⁰. Es decir, si las prácticas irregulares con relevancia penal han sido llevadas a cabo por un elevado número de trabajadores —o por todos los trabajadores con una función específica dentro de la empresa—, o por el contrario se trata de una conducta individual y aislada. En ciertas circunstancias, además, podría no ser oportuno imputar responsabilidad a una empresa que esté desarrollando un programa de prevención y control (*compliance program*)⁴¹, mediante una aplicación rigurosa del principio *respondeat superior*.

El amplio espectro entre uno y otro extremo requiere estudiar el caso concreto. Como subraya SULLIVAN, el factor más determinante es el papel que haya desempeñado la dirección de la empresa y su nivel de implicación en la cultura corporativa, si existía una aprobación tácita o más bien se reprobaba tal práctica desde los cuadros directivos de la empresa.

Tal y como se expone en los comentarios a las directrices judiciales (*Sentencing Guidelines*), el carácter dominante del fenómeno delictivo en cuestión (*pervasiveness*) debe analizarse caso por caso, dependiendo del número y grado de responsabilidad de las personas que participaron, disculparon o se mantuvieron voluntariamente en la ignorancia respecto de las prácticas delictivas. En este sentido, se requiere la implicación de un número menor de personas para entender un nivel de arraigo suficiente si tales individuos ostentaban un grado de autoridad relativamente alto⁴².

Otros factores relevantes que pueden orientar el juicio de oportunidad del ministerio público podrían derivarse de los antecedentes penales existentes en el entorno de la empresa, así como el grado de colaboración —o incluso la revelación voluntaria de tales irregularidades— por parte de la dirección de la empresa⁴³.

A fin de *neutralizar* la estructura delictiva de la que emanan las conductas punibles o de provocar los necesarios efectos disuasorios,

⁴⁰ Vid. O'SULLIVAN, J. R., *Federal White Collar Crime*, 2nd edition, 2003, p. 238.

⁴¹ Especialmente en el ámbito anglosajón, reciben tal denominación aquellos programas encaminados a prevenir y descubrir conductas desviadas, asegurando que la actividad empresarial se lleva a cabo de acuerdo con todas las leyes civiles y penales aplicables, así como otras regulaciones y reglas: vid. O'SULLIVAN, J. R., *Federal White Collar Crime*, 2nd edition, 2003, p. 241.

⁴² Vid. USSG § 8C2.5, comment. (n. 4), citado en O'SULLIVAN, J. R., *Federal White Collar Crime*, 2nd edition, 2003, p. 238.

⁴³ Para un análisis detallado, vid. O'SULLIVAN, J. R., *Federal White Collar Crime*, 2nd edition, 2003, pp. 234-248.

nos enfrentamos a las dificultades probatorias que generalmente presentan los casos de delincuencia corporativa.

De acuerdo con el Derecho penal español, en orden a trascender el nivel individual de los meros ejecutores materiales de tales prácticas se puede tratar de imputar responsabilidad a los superiores jerárquicos en la estructura de organización, aunque sea a título de partícipes en comisión por omisión. Sin embargo, las dificultades probatorias y las exigencias dogmáticas reducen con frecuencia el círculo de personas individualmente responsables (*vid.*, lo referido *supra*). Subsiguientemente, otra posibilidad de sanción que persiga similares efectos disuasorios, consistiría en acudir a las *consecuencias accesorias* previstas en el artículo 129 CP, como ya vimos. Sin embargo, tal tipo de medidas pueden poner en peligro la viabilidad de la empresa en su conjunto y, por tanto, los puestos de trabajo de quienes ya han sufrido una lesión en su intimidad. Ello no obsta a plantear *de lege ferenda* las sanciones penales a la empresa —por ejemplo, una multa suficientemente proporcionada— y que tal medida tuviera contundentes efectos disuasorios.

En el Derecho penal del *common law*, la finalidad genérica de la pena consistente en la prevención o disuasión del posible delincuente mediante el cálculo de consecuencias positivas y negativas que le reportará su acción tiene una especial importancia significativa en la pena de multa que se aplica a los *corporate crimes*. Así, en términos disuasorios (*deterrence*), las corporaciones son vistas —en la mayoría de los casos— como entes que actúan básicamente por *ánimo de lucro*, persiguiendo en todas sus acciones un análisis positivo de beneficios. Por tanto, bastaría una amenaza de pena suficientemente elevada como para arrojar un saldo negativo en el cálculo de costes y beneficios, aunque ciertamente esta misma función disuasoria podría conseguirse mediante sanciones civiles o administrativas.

«*When a corporation catches a cold, some else sneezes*»⁴⁴

Sin embargo, ¿sobre quiénes recaen en realidad los costes de los efectos disuasorios (*deterrence*) que pretende la sanción penal económica impuesta sobre la empresa? Como bien distingue John COFFEE, la imposición de una severa sanción económica tiene distintos niveles de repercusión, de menor a mayor seriedad: (1) en primer lugar, los accionistas soportan el coste de la sanción en el ámbito reducido de la garantía de su inversión; (2) los obligacionistas y otros acreedores de la empresa sufren también una disminución del valor de su título, como consecuencia del incremento del nivel de riesgo del negocio de la com-

⁴⁴ Literalmente, «cuando una corporación coge un resfriado, alguien más estornuda».

pañía; (3) si la multa o sanción es suficientemente importante como para amenazar la solvencia de la compañía, la respuesta predecible por parte de la dirección de la empresa será una reducción de costes generalizada, incluyendo recortes en la plantilla mediante el despido de los trabajadores de nivel inferior; (4) finalmente, los consumidores van a verse perjudicados, en tanto que el incremento de costes puede ser compensado con un aumento del precio de los productos⁴⁵.

Ciertamente, el esquema de reparto de las consecuencias que trae consigo el delito, tal y como se acaba de enunciar, no presenta una *equivalencia equitativa* entre aquellos que se benefician del delito y aquellos que soportan los costes de la sanción. Así, si bien se podría atribuir a los accionistas un cierto grado de participación en las ganancias del delito que justificaría una compensación negativa por el importe de la sanción correlativa, no sucede lo mismo con los trabajadores de la empresa o con los consumidores⁴⁶.

Los defensores de la *criminalización* explican el hecho de que el aumento del número y severidad de las leyes penales no haya supuesto una mejoría en el control sobre el *corporate crime* en que el recurso a la sanción penal ha sido en la práctica insuficiente. Como argumenta Laureen SNIDER, *si* las sanciones penales se hubieran aplicado de forma regular, *si* las empresas supieran que las posibilidades de escapar a una condena son escasas, *si* se impusieran sanciones económicas en proporción al tamaño de la compañía y al beneficio obtenido con el delito, *si* se impusieran penas de prisión, *si* tales procedimientos estuvieran dotados con más recursos personales que velaran por su cumplimiento y leyes punitivas de mayor severidad, reforzados por sanciones administrativas o civiles donde fueran apropiadas, «en tal caso la criminalización y la disuasión serían efectivas»⁴⁷.

Con todo, como constata Sally S. SIMPSON, las estrategias e intentos de legitimación de los sistemas de control del *corporate crime* se han basado en estudios sin apenas base empírica, y sin un análisis sistemático⁴⁸.

⁴⁵ Vid. COFFEE, J. C., Jr., *No Soul to Damn: No Body to Kick: An Unscandalized Inquiry Into the Problem of Corporate Punishment*, 79 Mich. L. Rev. 386, 401-02 (1981).

⁴⁶ COFFEE, J.C., Jr., *Ibid.*, 401-02 (1981).

⁴⁷ SNIDER, L., «Cooperative Models and Corporate Crime: Panacea or Cop-Out?», *Crime and Delinquency* 36 (1990): 375-376.

⁴⁸ «I was thus surprised by the woeful lack of research on corporate deterrence, especially from a criminological perspective. [...] Corporations, as exceptionally powerful and often oblivious societal actors, require substantial curbs on that power for the common good. Criminal law seemed like a reasonable tool to achieve that rather modest goal» [cfr. SIMPSON, S. S., *Corporate Crime, Law, and Social Control*, Cambridge, 2002, p. (ix)].

Conviene resaltar también que el propio trabajador no elegirá como primera opción el ejercicio de la acción penal contra el empresario. Sólo optará por la vía penal cuando el despido laboral sea ya *irreparable*: el *instinto de conservación del puesto de trabajo* llevará, por tanto, en la mayoría de los casos —también desde la perspectiva del trabajador— al no ejercicio de acciones penales⁴⁹. A esta consideración se añade que el empresario, en caso de que el trabajador optara finalmente por la vía penal, suele llegar a un *acuerdo económico* con el trabajador (*vid.* caso *Deutsche Bank*). He aquí otra de las causas evidentes de la escasez de procesos penales por violación de la intimidad del trabajador: el perdón del ofendido es susceptible de valoración económica, como se señaló *supra*. Esta consecuencia parte de la realidad de cómo funciona el sistema y nos enseña el rol que desempeña, en la práctica, el tipo penal del art. 197 CP en el ámbito empresarial. Puede verse como *efecto perverso* o como manifestación del principio de oportunidad o de lesividad. En cualquier caso, se trata de una *válvula de escape* que favorece al trabajador al otorgarle libertad de elección. Sin duda, la *amenaza* de interponer acciones penales puede *echar para atrás* un determinado despido que se iba a llevar a cabo o elevar la cuantía de la indemnización —aunque sea de forma no oficial—.

Con todo, no se puede minusvalorar la *función simbólica* que ejerce la mera tipificación penal y la correspondiente aplicabilidad teórica o muy ocasional de los tipos penales en el ámbito de la empresa. Una función simbólica que, en la práctica, puede tener efectos preventivos latentes o suponer una mejora de la posición del trabajador en la negociación de un acuerdo extrajudicial.

5. Estrategias procesales en la obtención de pruebas: el ordenador como fuente de pruebas (*e-discovery*) y la nulidad de la prueba ilícitamente obtenida por vulneración de la intimidad

Con la irrupción de las nuevas tecnologías en el seno de la empresa, el ordenador —y concretamente el correo electrónico— ha resultado en la práctica no sólo un interesante instrumento de vigilancia y control, sino también un recurso pródigo en la obtención de

⁴⁹ En ese sentido, cuando la naturaleza de los hechos así lo requiera, conviene remover los obstáculos existentes que permitan fomentar la actuación correspondiente por medio de los sindicatos, o a través del sistema de protección a los *'whistleblowers'* establecido en la legislación norteamericana.

pruebas incriminatorias. Así, la intervención del correo electrónico del trabajador puede convertirse —en muchos casos— en un instrumento efectivo para solventar complejos problemas de prueba⁵⁰. Debe tenerse en cuenta que la organización formal interna de la empresa, con la consiguiente necesidad de información, comunicación y procesamiento de la misma, no permite en la práctica la completa ocultación de aquellos datos relevantes ante un conflicto de naturaleza laboral o penal. A este respecto, como afirmaba SCHÜNEMANN, «no existe en realidad un ámbito delictivo que ofrezca posibilidades tan favorables de esclarecimiento y prueba como la criminalidad de empresa»⁵¹.

En la cuarta parte, se analizarán con detenimiento los impedimentos y las garantías jurídicas que son de aplicación en el acceso por parte del empresario al correo electrónico laboral⁵². Sin embargo, conviene destacar en este momento que uno de los problemas de prueba más complejos en la práctica suele tener lugar en aquellos supuestos de «competencia desleal» de trabajadores cualificados (*vid.* al respecto los datos del informe de *Landwell & Pricewaterhouse Coopers*). Así, en el enjuiciamiento de algunas causas penales —en ocasiones con repercusiones no sólo penales, sino también políticas y económicas de gran envergadura— se plantean con frecuencia cuestiones relativas a la nulidad de las actuaciones practicadas en fase de instrucción o en otros momentos preprocesales. En tales casos, la resolución sobre el fondo del asunto queda sujeta a la cuestión previa relativa a la admisibilidad de la prueba, constituyendo la alegación de su improcedencia uno de los principales argumentos de la defensa⁵³.

A este respecto, pueden establecerse ciertas reglas en torno a la destrucción de información relevante a partir de la jurisprudencia norteamericana. Así por ejemplo, el hecho de no haberse recibido una

⁵⁰ Vid. al respecto, *in genere*, RICE, P. R., *Electronic Evidence. Law and Practice*, Chicago, 2005.

⁵¹ BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal del trabajo*, 1997, p. 66.

⁵² Los problemas jurídicos derivados del control empresarial del correo electrónico han sido fuente de enorme discusión. Así, parte de la doctrina —entre otros RUIZ MARCO— afirma que «si tras el uso del e-mail por el trabajador, anida la sospecha de la comisión de un delito [...], la intervención de la correspondencia electrónica requerirá la autorización judicial (artículo 18.3 CE); y, en los supuestos de incumplimiento contractual, el acceso al contenido del e-mail deberá llevarse a cabo en presencia de un representante sindical o excepcionalmente de otro trabajador de la empresa, a modo de testigo (artículo 18 ET)»: *vid.* RUIZ MARCO, F., *Comentarios al Código Penal*, 2003, p. 168. No obstante, con cierta frecuencia, estaremos ante un supuesto mixto: el delito consiste en el propio incumplimiento contractual del trabajador frente al mismo empresario.

⁵³ VIEIRA MORANTE, F. J., *Tratamiento de la prueba ilícita*, 2003, p. 242.

concreta petición judicial no legitima la posible destrucción de material contenido en el sistema informático de la empresa. Aunque la jurisprudencia se muestra vacilante, parece razonable considerar que surge un deber de preservar la información disponible desde el momento en que una de las partes debería razonablemente conocer sobre la inminencia de un litigio⁵⁴.

Conviene advertir no obstante que, por el mero hecho de eliminar ciertos documentos, mensajes de correo electrónico o registros sobre el historial de navegación, no siempre se logra la completa eliminación de aquella información almacenada en el ordenador⁵⁵. Además, en caso de lograrse su completa eliminación, la destrucción intencionada de material probatorio relevante para la resolución de un caso puede ser base suficiente para inferirse que la prueba que se habría obtenido —de no haberse destruido—, habría sido desfavorable, contraria a los intereses del que eliminó la posibilidad de su conocimiento. Sin embargo, tal presunción o juicio de inferencia sólo puede tener lugar si la acción puede considerarse intencional, indicando una voluntad de engañar o un deseo de ocultar la verdad: no puede realizarse cuando la destrucción se debió a un proceso rutinario, basado en la buena fe y en el modo automático de operar en los sistemas electrónicos de información —*vid.*, *Federal Rule of Civil Procedure* 37(f)—, sin que existieran determinadas circunstancias de carácter excepcional («exceptional circumstances»). La norma que protege así la «destrucción de buena fe» de material probatorio se fundamenta en el interés por mantener un nivel de seguridad informática («providing a «safe harbor» sheltering the party against sanctions»)⁵⁶.

Los ejecutores materiales del acto de destrucción de material inculpativo podrían actuar en ocasiones —o al menos, así podría alegarse— bajo un error de tipo o mediando diversas causas de exculpación. No obstante, especialmente problemática puede resultar la alteración, destrucción u ocultación de pruebas por parte del abogado del acusado. Los privilegios en la relación cliente-abogado no pueden amparar la conducta típica de obstrucción a la justicia, especialmente a partir de casos recientes como el de *Enron*, o el de la alteración, destrucción y ocultación del ordenador portátil de su cliente ante la inminencia de una acusación por posesión de pornografía infantil (*vid.* el caso contra Philip D. Russell, con la participación de la *Connecticut Criminal Defense Lawyer Association*).

⁵⁴ PORTER II, W.G. y GRIFFATON, M. C., *Between the devil and the deep blue sea*, 2003, p. 9.

⁵⁵ PORTER II, W.G., GRIFFATON, M.C., *Ibid.*, 2003, p. 9.

⁵⁶ LEAHY, Monique C. M., *Employer Liability for Employee Misuse of Internet*, 105 *American Jurisprudence Trials* 1, November 2007, p. 35.

Consideraciones finales

Todo hecho delictivo constituye siempre, de algún modo, un ataque que afecta al conjunto de la sociedad y a su estabilidad e identidad normativa (Jakobs, 1996). Por la propia naturaleza de los hechos delictivos, al atentar éstos contra los fundamentos de la convivencia humana, los principios penales exigen un conjunto de garantías y respuestas jurídico-públicas que, al menos en parte, sustraen la gestión del conflicto de la autonomía negociadora entre las partes (agresor y víctima), es decir, de la reducida esfera privada en la que, en ocasiones, puede haberse producido el hecho. La sociedad espera así una respuesta pública frente a la infracción de la norma.

Sin embargo, la comisión de un hecho delictivo tiene especiales efectos perturbadores en el concreto entorno inmediato en el que tiene lugar. Así, la víctima y aquellas otras personas (físicas o jurídicas) que resultan directamente perjudicadas por el daño producido por el delito, se encuentran en una posición *cualitativamente distinta* al resto de la comunidad social a la que pertenecen. En este contexto, el surgimiento de un movimiento en defensa del rol de las víctimas tanto en el plano político-social, como dogmático, criminológico y procesal, ha propiciado la aparición de nuevos enfoques analíticos respecto del fenómeno delictivo. En este sentido, nos hallamos en un momento de expansión de la Victimología, la Victimodogmática y el resurgir de la víctima en el proceso penal. Y, a la vista de lo que se ha expuesto en líneas precedentes, de una posible tendencia hacia la revaloración del papel de la víctima en el mismo inicio del procedimiento penal.

Con todo, en el ámbito de las legítimas estrategias de reacción frente al delito en entornos privados o semipúblicos, se alzan algunas objeciones de peso por razón de la dimensión pública que todo hecho delictivo lleva consigo, tal y como hemos analizado anteriormente. En todo caso, el análisis de legitimidad y eficacia desde el prisma del interés público debe conjugarse con las razones e intereses privados del principal ofendido.

Finalmente, se han apuntado dos aspectos importantes estrechamente relacionados con las estrategias de reacción en el ámbito del delito intraempresarial. Así, (i) se debería seguir profundizando (e investigando) (i) en los límites, razones de conveniencia y de eficacia, que debieran tener relevancia en la decisión de dirigir la acción penal contra la persona jurídica, y no sólo contra los responsables individuales del hecho delictivo; y (ii) en las estrategias que se pueden em-

plear en el marco de investigaciones internas, especialmente a la luz de las posibles violaciones a la privacidad que vienen a restringir los medios de prueba disponibles para el proceso.

Bibliografía

- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (2009a), *El delito de descubrimiento y revelación de secretos en su aplicación al control del correo electrónico del trabajador*, Colección Temas La Ley, Editorial La Ley, Madrid.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (2009b), «Límites en las estrategias de prevención del delito en la empresa. A propósito del control del correo electrónico del trabajador como posible violación de la intimidad», *Revista InDret* 2/2009, Barcelona, <http://www.indret.com>
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (2009c), *El delito en la empresa. Prevención de la criminalidad intraempresarial y deberes de control del empresario*, Atelier, Barcelona.
- AGUSTINA SANLLEHÍ, J. R. (2009d), *Privacidad del trabajador versus deberes de prevención del delito en la empresa*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo-Madrid, 2009.
- ALDER, G.S. (1998), Ethical Issues in Electronic Performance Monitoring: A Consideration of Deontological and Teleological Perspectives, *Journal of Business Ethics* 17: 729-743.
- BARNES, P. y LAMBELL, J. (2002), *Organisational Susceptability to Fraud: Does Fraud Strike Randomly or Are There Organisational Factors Affecting its Likelihood and Size?*, Working Paper, Nottingham Business School.
- BAYLOS GRAU, A. y TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal del trabajo*, 1997.
- BECK, U. (1993), *De la sociedad industrial a la sociedad del riesgo* (trad. DEL RÍO HERRMANN), en «Revista de Occidente», núm. 150, noviembre 1993.
- BIRKS, P. (ed.) (1997), *Privacy and Loyalty*, Clarendon Press, Oxford.
- BLANPAIN, R. (Ed.) (2000), *On-line Rights for Employees in the Information Society. Use and Monitoring of E-mail and Internet at Work*, Brussels 13-14 November 2000. Proceedings of the Conference by the Royal Flemish Academy of Belgium for Science and the Arts, Union Network International, UNI-Europa, The Euro-Japan Institute for Law and Business, *Bulletin of Comparative Labour Relations* 40-2002.
- BLOSS, W. P. (1998), Warrantless search in law enforcement workplace: court interpretation of employer practices & employee privacy rights under Ortega doctrine, *Police Quarterly*, vol. 1, n.º 2, pp. 51-69.
- BLOUNT, E. C. (2003), *Occupational Crime. Deterrence, Investigation, and Reporting in Compliance with Federal Guidelines*, Florida.

- BOLOGNA, J. y SHAW, P. (1997), *Corporate Crime Investigation*, Washington.
- BOOKMAN, Z. F. (2007), *Convergences and Omissions in the Reporting of Corporate and White Collar Crime*, Yale Law School Student Scholarship Series, paper 43. Disponible en <http://lsr.nellco.org/yale/student/papers/43>
- BOTTOMLEY, K. (1979) *Criminology in Focus*. Oxford, Martin Robertson.
- BRAITHWAITE, J. (1984), *Corporate Crime in the Pharmaceutical Industry*, London.
- BROWN, W. S. (1996). Technology, workplace privacy, and personhood, *Journal of Business Ethics*, 15, 1237-1248.
- BRISEBOIS, R. (1997), *Sobre la confianza*, Cuadernos Empresa y Humanismo, Vol. 65, Pamplona.
- BRUCE, A. y FORMISAND, R. (2003), *Building a high-morale workplace*, New York.
- BURGOS, J. M. (2003), *El personalismo*, Madrid.
- BUSSMANN, K.-D. (2003), *Causes of Economic Crime and the Impact of Values: Business Ethics as a Crime Prevention Measure*, paper presented at the Swiss Conference on Coping with Economic Crime. Risks and Strategies, Zurich.
- BUSSMANN, K.-D. (2003), «Business Ethics und Wirtschaftsstrafrecht. Zu einer Kriminologie des Managements», *MschKrim*, 86.
- BUSSMANN, K.-D. (2004) «Kriminalprävention durch Business Ethics. Ursachen von Wirtschaftskriminalität und die besondere Bedeutung von Werten», *Zfwu* 5/1.
- BUSSMANN, K.-D. y WERLE, M. M. (2006), *Addressing Crime in Companies. First Findings from a Global Survey of Economic Crime*, *British Journal of Criminology*, 46, 1128-1144.
- BYRNE, J. M. y REBOVICH, D. J. (2007), *The new technology of crime, law and social control*, Monsey, NY: Criminal Justice Press.
- CALVERAS, A., GANUZA, J. y LLOBET, G. (2005), *Regulation and Opportunism: How Much Activism Do We Need?* (<http://idei.fr/doc/conf/veol/ganuza.pdf>).
- CASEY, E. (2004), *Digital Evidence and Computer Crime. Forensic Science, Computers and the Internet*, First edition 2000, London.
- CASTELLS, M. (1997), *La era de la información. Volumen 1: La sociedad red*. Madrid.
- CLAES, E., DUFF, A. y GUTWIRTH, S. (2006), *Privacy and the Criminal Law*, Oxford.
- CLARKE, R.V. (1992), *Situational Crime Prevention: Successful Case Studies*, New York.
- COFFEE, J. C., Jr (2006), *Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance*, Oxford.
- COHEN, L. E. y FELSON, M. (1979) «Social change and crime rate trends: a routine activities approach», *American Sociological Review*, 44, pp. 588-608.
- COUNCIL OF EUROPE, Recommendation n. R (89) 2 on the protection of personal data used for employment purposes.

- CRUZ CRUZ, J. (1995), Valores éticos, Cuadernos Empresa y Humanismo, Vol. 50, Pamplona.
- DAVIS, P., FRANCIS, P. y JUPP, V. (1999), Crime-Work Connections: Exploring the 'Invisibility' of Workplace Crime, in DAVIS, P., FRANCIS, P., JUPP, V., In-visible Crimes. Their Victims and their Regulation, London, pp. 54-74.
- DICKENS, W. T., KATZ, L. F., LANG, K. y SUMMERS, L. H. (1989), Employee crime and the monitoring puzzle, *Journal of Labour Economics*, 7, pp. 331-347.
- DODD N. J. (2004), «Troublemaker» and «Nothing to Lose» Employee Offenders Identified from a Corporate Crime Data Sample, *Crime Prevention and Community Safety: An International Journal*, 6 (3), 23-32.
- DUFF, R. A. (2007), *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford.
- ECK, J. E. (1997), «Do premises liability suits promote business crime prevention?» in FELSON, M., CLARKE, R.V. (Ed.), *Business and Crime Prevention*, New York, pp. 125-150.
- ETZIONI, A. (1999), *The limits of privacy*, New York.
- EVERETT, A. M., WONG, Y.-Y. y PAYNTER, J. (2006), Balancing employee and employer rights: an international comparison of e-mail privacy in the workplace, *Journal of Individual Employment Rights*, Vol. 11(4) 291-310, 2004-2005.
- FELSON, M. (1994), *Crime and Everyday life. Insights and Implications for Society*, California (second edition).
- FELSON, M. y CLARKE, R.V. (Ed.) (1997), *Business and Crime Prevention*, New York.
- FENNELLY, L. J. (2004), *Handbook of loss prevention and crime prevention*, Burlington, MA: Elsevier Butterworth-Heinemann.
- FINKIN, M. W. (2005), Employee Privacy and the «Theory of the Firm», *Journal of Labor Research*, Volume XXVI, Number 4, Fall, pp. 711-723.
- FINKIN, M. W. (2002), «Information Technology and workers' privacy: the United States Law», in JEFFERY, M., *Information Technology and workers' privacy: a comparative study*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, volume 23, number 2.
- FISHMAN, C. S. y MCKENNA, A. T. (2007), *Wiretapping & Eavesdropping: Surveillance in the Internet Age*, 3rd ed.
- FONTRODONA FELIP, J., GUILLÉN PARRA, M. y RODRÍGUEZ SEDANO, A. (1998), *La ética que necesita la empresa*, Madrid.
- FONTRODONA FELIP, J. y GARCÍA CASTRO, R. (2002), Estudio sobre políticas, hábitos de uso y control de Internet y correo electrónico en las principales empresas españolas, disponible en http://www.iese.edu/es/files/5_6604.pdf
- FRANKEL, T. (2006), *Trust and Honesty. America's Business Culture at a Crossroad*, Oxford.
- FRIEDRICHS, D. O. (2002), Occupational crime, occupational deviance, and workplace crime: Sorting out the difference, *Criminal Justice*, Vol. 2, No. 3, 243-256.

- GARCÍA CAVERO, P., Responsabilidad penal del administrador de hecho en la empresa, 1999.
- GARCÍA GONZÁLEZ, J. (2006), «Intervenciones de terceros en el correo electrónico. Especial referencia al ámbito laboral y policial», en *El cibercrimen: nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, ROMEO CASANOVA, C.M. (Coord.), Granada, pp. 297-323.
- GARCÍA RUIZ, P. (1994), *La lógica del directivo: el control necesario y la confianza imposible*, Cuadernos Empresa y Humanismo, Vol. 47, Pamplona.
- GARLAND, D. (2005 [2001]), *La cultura del control* (trad. de M. Sozzo), Barcelona.
- GILL, M. (1994), *Crime at Work: Studies in Security and Crime Prevention*, Leicester, UK.
- GREEN, G. S. (1997), *Occupational Crime*, Second Edition, Chicago.
- GREEN, S.P. (2006), *Lying, Cheating, and Stealing. A Moral Theory of White-Collar Crime*, Oxford University Press.
- GUERIN, L. (2004), *Workplace Investigations: a step by step guide*.
- GUILLÉN, M. (1996), *La Ética empresarial: una aproximación al fenómeno*, Cuadernos Empresa y Humanismo, Vol. 58, Pamplona.
- HAGGERTY, K. D. y ERICSON, R. V. (2006), *The New Politics of Surveillance and Visibility*, University of Toronto Press.
- HAYES, R. (2008), *Strategies to detect and prevent workplace dishonesty, Connecting Research in Security to Practice (CRISP)*.
- HENDRICKX, F. (2002), *Employment Privacy Law in the European Union: Surveillance and Monitoring*, Antwerp-Oxford-New York.
- HUNTER, R. (2002), *World Without Secrets: Business, Crime and Privacy in the Age of Ubiquitous Computing*, John Wiley and Sons.
- JAKOBS, G. (1996), *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*, Madrid, 1996.
- JEFFERY, M. (2002), *Information Technology and workers' privacy: a comparative study*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, volume 23, number 2.
- JEFFERY, M. (2001), *¿Carta Blanca para espiar a los trabajadores? Perspectivas inglesas sobre poder informático e intimidad*. Ponencia presentada el 30 de marzo de 2001 en el Seminario «Poder informático e intimidad: límites jurídico-laborales y penales al control empresarial», organizado por los Estudios de Derecho y Ciencias Políticas de la UOC.
- JUPP, V.R., DAVIS, P. y FRANCIS, P. (1999), «The features of Invisible Crimes» in DAVIS, P., FRANCIS, P. and JUPP, V. R., *Invisible Crimes. Their Victims and their Regulation*, London.
- KATYAL, N. K. (2002), *Digital Architecture as Crime Control*, 111 *Yale Law Journal* 1039.
- KIDWELL, R. E. y MARTIN, C. L., *Managing organizational deviance*, 2005.
- KUPRITZ, F. J., et al. (1998), *Privacy in the workplace: the impact of building design*, *Journal of Environmental Psychology*, 18, pp. 341-356.

- LANE III, F. S. (2003), *The naked Employee. How technology is compromising workplace privacy*, New York.
- LASPROGATA, G., KING, N. J. y PILLAY, S. (2004), *Regulation of electronic employee monitoring: identifying fundamental principles of employee privacy through a comparative study of data privacy legislation in the European Union, United States and Canada*, *Stanford Technology Law Review* 4.
- LEAHY, Monique C. M., *Employer Liability for Employee Misuse of Internet*, 105 *American Jurisprudence Trials* 1, November 2007.
- LORENTE, J. (2007), *El uso laboral y sindical del correo electrónico e Internet en la empresa. Aspectos constitucionales, penales y laborales*, Valencia.
- LYON, D. (2003), *Surveillance as Social Sorting. Privacy, risk, and digital discrimination*, London.
- MANSELL, R. y COLLINS, B. S. (2005), *Trust and crime in information societies*, Cheltenham: Edward Elgar.
- MARCHENA GÓMEZ, M. (2006), «Dimensión jurídico-penal del correo electrónico», *Diario La Ley*, n. 6475, 4 de mayo, ref. D-114.
- MARÍN ALONSO, I. (2005), *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Valencia.
- MARS, G. (1982), *Cheats at Work. An Anthropology of Workplace Crime*, London.
- MARTÍNEZ FONS, D., *El poder de control empresarial ejercido a través de medios audiovisuales en la relación de trabajo*, 18 *Relaciones Laborales* 19 (2002).
- MAZA MARTÍN, J. M. (2001), *La intervención judicial de las comunicaciones a través de Internet*, en *Internet y Derecho Penal*, *Cuadernos de Derecho Judicial* 10, pp. 633-643.
- MCCAHILL, M. y NORRIS, C. (1999), *Watching the workers: Crime, CCTV and the Workplace*, in DAVIS, P., FRANCIS, P. y JUPP, V., *Invisible Crimes. Their Victims and their Regulation*, London, pp. 208-231.
- MCCAHILL, M. (2002), *The Surveillance Web. The rise of visual surveillance in an English city, USA-Canada*.
- MCLAUGHLIN, E. y MUNCIE, J., *The Sage Dictionary of Criminology*, Sage, 2007.
- MONTERDE FERRE, F. (2006), *Especial consideración de los atentados por medios informáticos contra la intimidad y la privacidad, en Delitos contra y a través de las nuevas tecnologías. ¿Cómo reducir su impunidad?*, *Cuaderno de Derecho Judicial*, Madrid, pp. 191-262.
- NAGIN, D. S., PATERNOSTER, R., REBITZER, J. B., SANDERS, S. y TAYLOR, L. J. (2002), *Monitoring, motivation, and management: the determinants of opportunistic behaviour in a field experiment*, *American Economic Review*, 92, 850-873.
- NATIONAL COMMISSION FOR COMPUTER TECHNOLOGIES AND PERSONAL FREEDOM, *La Cybersurveillance sur les Lieux de Travail* (<http://www.cnil.fr>).

- NOUWT, S., DE VRIES, B. R. y PRINS, C. (2005), Reasonable Expectations of Privacy? Eleven Country Reports on Camera Surveillance and Workplace Privacy, The Netherlands.
- O'SULLIVAN, J. R., *Federal White Collar Crime*, 2nd edition, 2003.
- OZ, E., GLASS, R. y BEHLING, R. (1999), Electronic workplace monitoring: what employees think, Omega, The International Journal of Management Science, 27 167-177.
- PASTOR MUÑOZ, N., *La respuesta adecuada a la criminalidad de los directivos*, InDret, 2006
- PAWLIK, M. (1995), «Unterlassene Hilfeleistung: Zuständigkeitsbegründung und systematische Struktur», GA.
- PORTER II, W. G. y GRIFFATON, M. C. (2003), Between the Devil and the Deep Blue Sea: Monitoring the Electronic Workplace. Employers should have Detailed, Understandable and Fair Computer, E-Mail and Internet Usage Policies Impartially Administered, Defense Counsel Journal, January.
- RICKMAN, N. y WITT, R. (2007), The Determinants of Employee Crime in the UK, *Economica* 74, 161-175.
- RICE, P. R., *Electronic Evidence. Law and Practice*, Chicago, 2005.
- RUIZ MARCO, F., *Comentarios al Código Penal*, 2003.
- SCHÜNEMANN, B. (1989), «Alternative Kontrolle der Wirtschaftskriminalität», *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Köln, Berlin, Bonn, Manchen.
- SCOTT, J. C. (1998), *Seeing Like a State*, New Haven.
- SERRANO MAÍLLO, A. (2009), Oportunidad y delito, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2001), La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Cívitas, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Criterios de asignación de responsabilidad en estructuras jerárquicas», en *Empresa y delito en el nuevo Código penal*, II, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997.
- SIMONS, R. (1991), Strategic orientation and top management attention to control systems, *Strategic Management Journal*, 12 (1), pp. 49-62.
- SIMPSON, S. S. (2002), *Corporate Crime, Law, and Social Control*, Cambridge.
- SUPIOR, J. C. (1998), Ethical management of employee e-mail privacy, *Information Systems Management*, 15, pp. 41-47.
- SLOBOGIN, C. (2007), Privacy at Risk. The New Government Surveillance and the Fourth Amendment, Chicago.
- SNIDER, L. (1990), Cooperative Models and Corporate Crime: Panacea or Cop-Out?, *Crime and Delinquency* 36.
- SNIDER, L. (2001), Crimes against capital: Discovering theft of time, *Social Justice*, vol. 28, no. 3, pp. 105-120.
- SOLOVE, D. J. (2008), *Understanding Privacy*, London.
- SPEED, M. (2003), Reducing Employee Dishonesty: In Search of the Right Strategy, in *Managing Security. Crime at Work (Volume III)*, Leicester, Chapter 10, pp157-179.

- STANTON, J. M. y STAM, K. R. (2006), *The Visible Employee. Using workplace monitoring and surveillance to protect information assets without compromising employee privacy or trust*, New Jersey.
- TAYLOR, N. (2002), *State Surveillance and the Right to Privacy*, *Surveillance & Society* 1 (1): 66-85.
- THIBAUT ARANDA, J., «Information technology and worker's privacy: the role of worker representatives», in JEFFERY, M., *Information Technology and workers' privacy: a comparative study*, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, volume 23, number 2, 2002.
- TRAUB, S. H. (1996), *Battling Employee Crime: A Review of Corporate Strategies and Programs*, *Crime & Delinquency*, Vol. 42 No. 2, April 244-256.
- UGARTE, J. L. (2000), *El derecho a la intimidad y la relación laboral*, *Doctrina, Estudios y comentarios en el Boletín Oficial de la Dirección del Trabajo*, núm. 139.
- VIEIRA MORANTE, F. J., *Tratamiento de la prueba ilícita*, 2003.
- WALTERS, G. J. (2001), *Privacy and Security: An Ethical Analysis*, *Computers and Society*, June 2001. Excerpted from Chapter 5 of *Human Rights in an Information Age: A Philosophical Analysis*, University of Toronto Press.
- WATSON, G. (2002), *E-mail surveillance in the UK workplace - a management consulting case study*, *Aslib Proceedings*, Volume 54, Number 1, pp. 23-40.
- WECKERT, J. (2005), *Electronic monitoring in the workplace: controversies and solutions*, UK-US.
- WEN, H. J. y GERSHUNY, P. (2005), *Computer-based monitoring in the American workplace: Surveillance technologies and legal challenges*, *Human Systems Management* 24 165-173, IOS Press.
- WILDING, E. (2006), *Information risk and security: preventing and investigating workplace computer crime*, UK-US.
- WILLIAMS, J. W., *Reflections on the private versus public policing of economic crime*, *British Journal of Criminology* (2005), 45.
- WILLISON, R. (2006), *Understanding the perpetration of employee computer crime in the organizational context*, *Information and Organization* 16 304-324.
- YAR, M. (2005), *The Novelty of «Cybercrime». An Assessment in Light of Routine Activity Theory*, *European Journal of Criminology*, Volume 2 (4), p. 407-427.